

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 139.439 van 18 januari 2005
in de zaak A. 158.825/XII-4344.**

In zake : de NV AQUAFLAM,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. Soetaert,
kantoor houdende te 1081 Brussel,
Jules Besmestraat 124

tegen :

de VLAAMSE DIENST VOOR ARBEIDSBEMIDDELING EN
BEROEPSOPLEIDING (VDAB),
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en M. Gelders,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

tussenkommende partij :

de NV SOMATI SERVICES,
die woonplaats kiest bij
advocaten Chr. Lenders, S. Vernailen en D. Erreygers,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 27.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aquaflam op 30 december 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding van 21 december 2004, waarbij de prijsofferte van verzoekster van 30 september 2004 naar aanleiding van de openbare aanbesteding nr. 04/1032 dd. 14 oktober 2004, met als voorwerp 'Leveren, plaatsen, onderhouden en herstellen van gehuurde snelblussers in diverse VDAB-gebouwen verspreid over het Vlaamse landsgedeelte', niet weerhouden werd wegens het niet voldoen door verzoekster aan de selectiecriteria bepaald in het bestek”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 31 december 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 januari 2005, om 11.30 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV Somati Services vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Soetaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten D. D'Hooghe en M. Gelders, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat D. Erreygers en S. Vernailen, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De gegevens van de zaak

1.1. Op 26 juli 1997 organiseert de VDAB een algemene offerte-aanvraag met als voorwerp “Leveren en onderhouden van gehuurde blusapparaten” - Het betrof een overeenkomst van onbepaalde duur die vanaf het zevende jaar jaarlijks opzegbaar was op 1 januari door beide partijen na kennisgeving minstens zes maanden vooraf per aangetekend schrijven en met aanvang van de levering van de brandblusapparaten vanaf 1 januari 1998.

Eén van de selectiecriteria was dat de inschrijver een minimale jaaromzet van 250 miljoen frank diende te verwezenlijken “met betrekking tot de verkoop en/of de verhuur van blusmiddelen”.

De verzoekende partij diende een offerte in met, op bladzijde 2, inzake dit selectie criterium de vermelding dat bij haar weten deze jaaromzet in blusmiddelen door geen enkele onderneming in de sector kan worden gerealiseerd

en dat dit enkel zou mogelijk zijn mits uitvoering van bijkomende activiteiten zoals bijvoorbeeld plaatsing van sprinklerinstallaties, branddetectie, opbouw van brandweervoertuigen, wat de omzet aanzienlijk zou verhogen maar een onjuist beeld zou geven van de duidelijk omschreven jaaromzet in blusmiddelen. Aangezien haar activiteit zich enkel beperkte tot de verkoop en verhuur van blusmiddelen en haar jaarrekening daarvan een correcte weerspiegeling gaven, vroeg de verzoekende partij om geen rekening te houden met de in het bestek voorgestelde minimale jaaromzet van 250 miljoen frank en dit omwille van het discriminerend effect ten overstaan van haar onderneming en andere waarvan de jaaromzet het totaalpakket van al hun activiteiten vertegenwoordigde. De verzoekende partij stelde dat een “eliminerend selectiepunt juridisch onwettig” zou zijn.

Volgens haar verzoekschrift zou de verzoekende partij, die op zich de minimale jaaromzet van 250 miljoen frank niet realiseerde, laat staan in verkoop en/of verhuring van blusmiddelen, dan niet alleen de eigen jaarrekeningen hebben voorgelegd maar ook deze van de vennootschap naar Frans recht “Ets Schiffers”, waarmee ze banden had. De opdracht werd haar toegewezen. Zij betoogt nog dat het uit de toewijzingsbeslissing niet duidelijk bleek of mede met de jaaromzet van de “Ets Schiffers” rekening werd gehouden, in welk geval zij de minimale jaaromzet van 250 miljoen frank wel zou realiseren.

De VDAB heeft aan de bestaande overeenkomst een einde gesteld tegen 31 december 2004.

1.2. De VDAB heeft dan ook in een nieuwe opdracht voorzien, ditmaal te begeven volgens de procedure van de openbare aanbesteding, voor het “leveren, plaatsen, onderhouden en herstellen van gehuurde snelblussers in diverse VDAB gebouwen”.

De huur- en onderhoudsovereenkomst zou worden gesloten voor een periode van vijf jaar met aanvang op 1 januari 2005 en levering en plaatsing van alle brandblustoestellen in alle gebouwen binnen 15 kalenderdagen vanaf die datum (bestek, administratieve bepalingen, punt B7).

De opening van de inschrijving is bepaald op 14 oktober 2004 om 10 uur.

Het bestek schrijft een aantal selectiecriteria voor waaraan de inschrijver moet voldoen, waaronder “minimale jaaromzet van 6,2 miljoen euro verwezenlijken met betrekking tot de verkoop en/of verhuur van blusmiddelen. De inschrijver voegt hiervoor een verklaring op eer bij zijn inschrijving, evenals een vermelding van de hoeveelheid toestellen die hij verhuurt/onderhoudt op jaarbasis (lopende contracten) en de hoeveelheid verkochte blusapparaten het afgelopen jaar (2003)” (bestek, administratieve bepalingen, punt B4).

1.3. Er worden blijkens het “proces-verbaal opening openbare aanbesteding” twee offertes ingediend. Eén door de verzoekende partij, met een totale inschrijvingsprijs van 41.018 euro, exclusief BTW (per jaar) en één door de NV Somati met een totale inschrijvingsprijs van 69.646,50 euro, exclusief BTW (per jaar). Vóór de opening der offertes had de vertegenwoordiger van Somati opgemerkt te wensen “dat rekening wordt gehouden met alle gevraagde documenten (o.a. naar omzet)”, hetgeen is genotuleerd in het proces-verbaal.

Bij haar offerte voegt de verzoekende partij onder meer de gevraagde verklaring op eer. Daarin wordt gesteld :

“De minimale jaaromzet met betrekking tot de verkoop en/of verhuur van blusmiddelen bedraagt 6,2 miljoen euro. De hoeveelheid blustoestellen die op jaarbasis verhuurd/onderhouden worden bedraagt $\pm$ 215.000 stuks. De hoeveelheid verkochte blustoestellen op jaarbasis bedraagt $\pm$ 87.000 stuks”.

1.4. Volgens het verzoekschrift realiseerde de verzoekende partij zelf geen jaaromzet van 6,2 miljoen euro met betrekking tot de verkoop en/of verhuur van blusmiddelen maar maakte zij zich dienaangaande geen zorgen aangezien in het verleden eveneens een minimale jaaromzet van 250 miljoen frank was vooropgesteld als selectie criterium en de opdracht desondanks aan haar werd toegewezen hetzij omdat de VDAB dan geen rekening had gehouden met de vooropgestelde minimale jaaromzet dan wel rekening had gehouden met de jaaromzet van de “Ets Schiffers” bij de beoordeling van haar jaaromzet.

1.5. Bij brief van 29 oktober 2004 vraagt de VDAB aan de verzoekende partij een verantwoording van haar blijkbaar abnormaal lage eenheidsprijzen. De verantwoording wordt meegedeeld met een brief van 4 november 2004.

1.6. Met een e-mail van 24 november 2004 vraagt de VDAB aan de verzoekende partij per kerende de nodige documenten te bezorgen tot staving van haar jaaromzet.

1.7. Met een aangetekend verzonden brief van 30 november 2004 deelt de verzoekende partij mee, samengevat, dat in 1997 voor de dan vereiste minimale jaaromzet van 250 miljoen frank met betrekking tot de verkoop en/of verhuur van blusmiddelen door de VDAB voor de verzoekende partij, die als afzonderlijke entiteit deze jaaromzet niet realiseerde, terecht rekening werd gehouden met de jaaromzet ter zake van de “Société des établissements Schiffers” aangezien zij zoals nog steeds op de logistieke en financiële steun vanuit deze onderneming kon terugvallen. Haar verklaring op eer zou dan ook gelezen moeten worden rekening houdende met deze bijzondere omstandigheden en de totale omzet van de Franse groep “Sicli” gerealiseerd in de verkoop en/of de verhuur van de in de opdracht bedoelde blusmiddelen. Bij die brief zijn een aantal documenten gevoegd, onder meer een jaarrekening van de “Compagnie Centrale Sicli” waaruit een omzet blijkt van 25.605.762 euro voor deze onderneming.

1.8. In een niet gedateerd gunningsverslag wordt door een project-medewerker geconcludeerd dat de opdracht kan toegewezen worden aan de laagste conforme inschrijver, de NV Somati, voor een vermoedelijk totaalbedrag op jaarbasis van 69.646,50 euro, nu deze, anders dan de verzoekende partij, voldoet aan alle selectiecriteria en de eenheidsprijzen als normaal worden beoordeeld in vergelijking met de gangbare prijzen.

Eerder wordt in dit verslag vastgesteld dat alle inschrijvers de vereiste documenten hebben bijgevoegd en zich niet bevinden in een uitsluitingsgrond maar dat bij nazicht gebleken is dat de verzoekende partij niet voldoet aan “de vereiste minimale jaaromzet, van 6,2 miljoen euro”, dat haar was gevraagd de nodige documenten voor te leggen waaruit haar totale jaaromzet blijkt, dat uit de door haar voorgelegde laatste jaarrekening een onvoldoende jaaromzet blijkt, namelijk 2,16 miljoen euro, en dat over haar verwijzing naar gemeenschappelijke belangen tussen haar en de “Société des établissements Schiffers”, waardoor de vooropgestelde vereiste omzet wel zou behaald worden, schriftelijk advies is ingewonnen van een extern ter zake gespecialiseerd advocatenkantoor. Het verslag stelt vervolgens dat volgens rechtspraak er een juridische band moet bestaan tussen de betrokken ondernemingen en dat bovendien

het bewijs moet worden geleverd dat de verzoekende partij een beroep kan doen op de verbonden onderneming om de opdracht uit te voeren, bewijs dat ontbreekt, en aldus concludeert dat de verzoekende partij niet voldoet aan de selectiecriteria zodat met haar inschrijving verder geen rekening wordt gehouden.

Op dit verslag, waaraan een voorblad is gehecht met het opschrift “motivatie gunningsbeslissing”, wordt, zonder datum, “voor akkoord” getekend door de waarnemend administrateur-generaal van de VDAB.

1.9. Met een brief van 21 december 2004 deelt de VDAB aan de verzoekende partij mee dat aan haar “prijsofferte geen gunstig gevolg wordt gegeven” onder verwijzing naar de “gemotiveerde gunningsbeslissing” in bijlage;

2. De exceptie van niet-ontvankelijkheid

Overwegende dat de verwerende partij en de tussenkomen de partij betogen dat de vordering niet ontvankelijk is aangezien de toewijzingsbeslissing aan de NV Somati zelf niet is bestreden en de gevraagde vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij, aldus geen nuttig effect kan hebben omdat die schorsing niet belet dat de toewijzingsbeslissing uitvoerbaar blijft, deze kan betekend worden en de overeenkomst tot stand kan komen;

Overwegende dat de exceptie niet wordt aanvaard; dat immers de toewijzingsbeslissing niet meer rechtmatig zou kunnen worden betekend, nadat de beslissing om de verzoekende partij te weren omdat zij niet aan een selectie criterium voldeed, in haar tenuitvoerlegging zou zijn geschorst; dat die schorsing immers met zich zou meebrengen dat elke nadere uitvoering van de gunningsprocedure in rechte vooralsnog niet meer mogelijk is;

3. De grondvoorwaarden voor schorsing.

3.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten

beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende, wat de eerste en derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat het niet zelf kunnen uitvoeren van de in het geding zijnde opdracht haar in haar reputatie en commercieel prestige treft, dat de bestreden beslissing de indruk wekt dat zij onbekwaam is om de betrokken opdracht uit te voeren, terwijl deze tot haar “core business” behoort; dat de verzoekende partij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

Overwegende dat de verwerende en de tussenkomenende partij, om het vervuld zijn van drie voorwaarden tegen te spreken, verwijzen naar de hogervermelde exceptie; dat deze echter, zoals is gebleken, niet wordt aanvaard;

Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de tweede bestreden beslissing, tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de ambitie van de verzoekende partij om zelf de niet onbelangrijke opdracht, in haar core-business, nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, wegens de dreigende betekening, kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, die zij met bekwame spoed blijkt te hebben ingesteld; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

3.2. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit onder meer de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel; dat zij daarbij betoogt hetgeen volgt :

“Blijkens het gunningsverslag (zie stuk 1) heeft de VDAB bij de beoordeling van het kwalitatief selectie criterium inzake de vooropgestelde minimale jaaromzet uitsluitend oog gehad voor de totale omzet die door de inschrijvers wordt gerealiseerd met betrekking tot al hun producten van de inschrijvers, terwijl krachtens het bestek uitsluitend de omzet met betrekking tot de verkoop en/of de verhuur van blusmiddelen relevant was (zie stuk 7, pagina 4).

De VDAB heeft in haar besluitvorming dus onzorgvuldig te werk gegaan door enkel de totale omzet van de NV Somati te toetsen aan de vooropgestelde minimale jaaromzet van 6,2 miljoen euro, zonder na te gaan of NV Somati wel degelijk ook een minimale jaaromzet van 6,2 miljoen euro realiseert met betrekking tot de verkoop en/of de verhuur van blusmiddelen, zoals dit door het bestek wordt vooropgesteld.

Uit de bewoording van het gunningsverslag (zie stuk 1, pagina 3) blijkt nergens dat de VDAB ook maar enig onderzoek of toetsing gedaan van de omzetcijfers met betrekking tot de verkoop en/of de verhuur van blusmiddelen.

De bestreden beslissing schendt dus het zorgvuldigheidsbeginsel”;

Overwegende dat de verwerende partij daaromtrent tegenwerpt :

“Uit het voorafgaande blijkt dat de VDAB de gestelde selectievereiste van meetafaan beoogde toe te passen op de wijze zoals ze door beide inschrijvers ook effectief werd begrepen, met name als een loutere omzetvereiste, en niet als een vereiste van omzet aangaande de verkoop en/of verhuur van blusmiddelen. In de voormelde omstandigheden, waarbij beide inschrijvers de selectievereiste hebben begrepen zoals ze werd bedoeld én ook effectief werd toegepast, kan die handelwijze dan ook geen onwettigheid opleveren”;

dat de tussenkomende partij hiertegenover doet gelden :

“Vervolgens dient in dit verband nog opgemerkt dat verzoekende partij de betrokken selectievoorwaarde zelf trouwens steeds heeft toegepast en geïnterpreteerd zoals zij thans verwijt dat de VDAB dit op onrechtmatige wijze zou hebben gedaan. De verzoekende partij heeft immers zelf bij haar offerte een verklaring op eer gevoegd waarin melding wordt gemaakt van een totaalomzet. Deze bleek echter niet aan de gestelde eisen te voldoen. Van een vermeende onduidelijkheid over de wijze van interpretatie en toepassing van het criterium blijkt dan ook geen sprake. Verzoekende partij toont niet aan dat zij hierdoor zou geschaad zijn.”;

Overwegende dat volgens het bestek het in het geding zijnde selectie criterium inhoudt dat de inschrijver een minimale jaaromzet van 6,2 miljoen euro dient te verwezenlijken “met betrekking tot verkoop en/of verhuur van blusmiddelen”, en niet een dergelijke jaaromzet in het algemeen; dat de verwerende en de tussenkomende partijen niet lijken te betwisten dat bij de

beoordeling van de offertes aan de hand van het bedoelde selectiecriterium, slechts de algemene jaaromzet in rekening is gebracht en niet de omzet inzake verkoop en verhuur van blusmiddelen; dat zulks inderdaad de werkwijze lijkt te zijn geweest zoals deze blijkt uit het voornoemde gunningsverslag, waarin immers slechts sprake is van het niet voldoen, door de verzoekende partij, aan de vereiste minimale “jaaromzet” en waarin wordt verwezen naar de vraag aan de verzoekende partij om de nodige documenten voor te leggen waaruit de “totale” jaaromzet blijkt; dat aldus het voornoemde selectiecriterium niet op zorgvuldige wijze want in tegenstrijd met de betrokken besteksbepaling lijkt te zijn aangewend en de verzoekende partij met de bestreden beslissing op onrechtmatige wijze lijkt te zijn geweerd; dat aan die conclusie in de huidige stand van de procedure geen afbreuk wordt gedaan, omdat de beide inschrijvers zich eveneens op de totaalomzet zouden hebben gesteund; dat in zoverre het middel ernstig is;

Overwegende dat aldus voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Somati Services in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de waarnemend administrateur-generaal van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding, medegedeeld bij brief van 21 december 2004, waarbij aan de offerte van de NV Aquaflam in de openbare aanbesteding 04/1032 wegens niet-conformiteit geen rekening wordt gehouden.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien januari 2005, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.